

## UPDATE VERGABERECHT

### ZUR BEDEUTUNG DES BEGRIFFS „VERGLEICHBARE LEISTUNG“

**OLG Celle, Urteil vom 23.05.2019, 13 U 72/17**

Auftraggeber A schrieb Betonsanierungsarbeiten aus und forderte von den Bietern zum Nachweis ihrer Eignung u.a. Erfahrungen mit „vergleichbaren“ Leistungen. Der spätere Kläger gab ein Angebot ab und fügte diesem mehrere Referenzen bei. Sein Angebot lag preislich an erster Stelle, wurde aber ohne Ermittlungen zu Inhalt und Umfang der Referenzleistungen wegen nicht nachgewiesener Eignung ausgeschlossen. Die Referenzen bezogen sich nach Auffassung des AG vor allem auf Beschichtungsarbeiten und seien daher nicht mit den ausgeschriebenen Leistungen vergleichbar. Nach Abschluss des Vergabeverfahrens machte der Kläger vor dem Landgericht Schadensersatz in Höhe des ihm entgangenen Gewinns geltend. Gegen das klageabweisende Urteil des LG Hannover legte der Kläger Berufung ein.

Mit Erfolg! Laut OLG Celle besteht ein Schadensersatzanspruch. Es liege ein Verstoß gegen Vergabevorschriften vor, da ein Ausschluss des Klägers unzulässig gewesen sei. Die Vergabestelle habe den der Eignungsprüfung zugrunde gelegten Sachverhalt in Bezug auf die Vergleichbarkeit der vom Kläger vorgelegten Referenzen unzutreffend beziehungsweise unvollständig ermittelt. Vergleichbarkeit bedeute nicht „gleich“ oder „identisch“, sondern dass die verglichenen Leistungen im technischen oder organisatorischen Bereich einen gleich hohen oder höheren Schwierigkeitsgrad aufwiesen. Es solle kein „1:1“ Vergleich stattfinden, sondern sichergestellt werden, dass die fachliche und technische Leistungsfähigkeit auch im Hinblick auf den zu vergebenden Auftrag gegeben sei. Ansonsten wären alle Bewerber, die die Leistung bisher nicht oder nicht so erbracht hätten, von vornherein ausgeschlossen, was dem Sinn des Vergabeverfahrens und des Wettbewerbs widerspräche. Vor dem Ausschluss eines Angebots wegen mangelnder Eignung sei der Auftraggeber verpflichtet, zunächst Erkundigungen bei den Referenzgebern einzuholen.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Das Urteil macht deutlich, dass Forderungen nach Referenzen über „vergleichbare Leistungen“ zu rechtlichen und tatsächlichen Unsicherheiten führen. Diese können – wie die Entscheidung eindrücklich zeigt – auch nach erfolgtem Zuschlag noch zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung über das Bestehen von Schadensersatzansprüchen führen. Wenn zum Nachweis der Fachkunde und Leistungsfähigkeit Referenzen gefordert werden, sollte deshalb auf eine entsprechende Formulierung verzichtet werden. Stattdessen sollte klar und deutlich vorgegeben werden, welche Anforderungen die vorzulegenden Referenzen erfüllen müssen.